

**LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO: ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS**

Autores

Julio Cesar Diaz Castillo

Gloria Isabel Lastra Arbeláez

Tutor

Paolo Nieto Aguacia



Maestría en Derecho Procesal Penal

Facultad de Derecho

Universidad Militar Nueva Granada

2015

LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS¹

Gloria Isabel Lastra Arbeláez

Julio César Díaz Castillo

RESUMEN

En este documento se reflexiona sobre la prueba de refutación, figura jurídica del sistema normativo colombiano que vio su luz en la Ley 906 de 2004. Su corta vida en nuestra tradición jurídica es marcada por la casi nula regulación legal, y su poco desarrollo por la doctrina y jurisprudencia patria. Se pretende establecer las características y condiciones de aplicación de la prueba de refutación, al confrontarla con los derechos a probar, a la contradicción y con el principio de igualdad de armas. Se concluirá que la prueba de refutación tiene por propósito impugnar cualquier medio de prueba ofrecido dentro del proceso penal; que tiene lugar en la audiencia preparatoria o en el juicio oral; siempre que sea sobreviniente y excepcional.

Palabras clave: Derecho a probar, igualdad de armas, partes, prueba.

THE REBUTTAL EVIDENCE IN THE LEGAL SYSTEM OF COLOMBIA: STUDY FROM THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS

¹ Artículo de investigación realizado para optar el título de magister en “Derecho Procesal Penal”, conferido por la Universidad Militar Nueva Granada.

ABSTRACT

This legal system had its birth with the Law 906 of 2004. Such short life in our legal tradition is marked by almost no legal regulation, and little development by doctrine and jurisprudence homeland. In order to establish the characteristics and conditions of application of the rebuttal evidence, confronting the rebuttal evidence with the right to prove, the contradiction and the principle of equality of arms. It will conclude that the rebuttal evidence purpose is to challenge any evidence in the criminal proceedings; that take place in either the preparatory hearing and the oral trial.

Key Words: Right to prove, equality of arms, parts, prove.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA PRUEBA DE REFUTACIÓN	11
2.1. UN PUNTO DE PARTIDA: INEXISTENCIA DE REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.	11
2.2. NOCIÓN.	12
2.3. OPORTUNIDAD PARA LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.	14
2.4. LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE SE REFUTAN.	17
2.5. LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE SE CONSTITUYEN EN PRUEBA DE REFUTACIÓN.	18
2.6. PROCEDENCIA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.	18
2.7. ORDEN DE PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS DE REFUTACIÓN.	19
2.8. LA LEGITIMIDAD PARA OFRECER PRUEBAS DE REFUTACIÓN.	20
2.9. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.	21
2.10. LA REFUTACIÓN DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.	24
3. PRUEBA DE REFUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS A PROBAR Y A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA (DERECHO DE DEFENSA)	26
3.1. EL DERECHO A PROBAR.	27
3.2. EL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA.	29
3.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.	30
4. LA PRUEBA DE REFUTACIÓN Y SU LÍMITE EN LA IGUALDAD DE ARMAS	34
4.1. NO SÓLO SE REFUTAN TESTIMONIOS.	34

4.2. LAS CARGAS DE ARGUMENTACIÓN DE LA PARTES AL MOMENTO DE SOLICITAR LA ADMISIÓN DE PRUEBAS DE REFUTACIÓN.	36
4.3. EL ESTRICTO ESTUDIO DE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS DE REFUTACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.	37
4.4. NO PUEDE SER UTILIZADA PARA INTRODUCIR UNA PRUEBA DESISTIDA POR LA CONTRAPARTE.	38
5. CONCLUSIONES.....	39
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

1. INTRODUCCIÓN

La injerencia en un ordenamiento jurídico procesal penal de figuras que resultan extrañas a su tradición, representan un continuo esfuerzo por perfeccionar la respuesta que se da desde el Derecho a las necesidades de los asociados, y a la vez plantea retos a sus destinatarios. Seguir haciendo lo mismo que antes, a pesar de los cambios jurídicos y obviar su aplicación es un riesgo que debe evitarse, bien tanto para la Fiscalía General de la Nación, quien tiene el deber constitucional de perseguir delitos, como para la defensa del acusado, que debe procurar no sólo la libertad personal sino el establecimiento de la verdad dentro del proceso penal. Esto desde luego demanda esfuerzo, dedicación y un tino jurídico capaz de identificar esa novedad y lograr su adaptación armónica a ese sistema al cual empieza a ser parte.

El anterior escenario se da con la prueba de refutación. Hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, ella era extraña dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a razón del modelo inquisitivo y escrito que regularon los anteriores códigos de procedimiento penal.

Sólo con la entrada del Sistema Penal Acusatorio, Ley 906 de 2004, es que se consagra la prueba de refutación. Sin embargo, el surgimiento de esta figura jurídica trae no pocos problemas, generados principalmente por su deficiente –casi nula– regulación legal.

Esta disposición normativa se caracteriza sin lugar a dudas por su ambigüedad y vaguedad, en la medida en que no señala cuándo resulta procedente el decreto de la prueba, tampoco se

establece la oportunidad para solicitarla y decidir sobre admisión, ni qué medios de prueba se pueden presentar como pruebas de refutación, mucho menos el alcance que tienen.

Realmente sólo está claro que: i) tanto la Fiscalía como la Defensa pueden hacer uso de ella, siendo primero ésta última en el orden de exposición, y ii) que su práctica tiene lugar en la audiencia de juicio oral.

A lo anterior, debe sumarse que son pocos los trabajos teóricos que se han encargado de estudiar la prueba de refutación en el ámbito académico, así como hay un número insuficiente de providencias judiciales que sirvan como criterio auxiliar para los jueces y sujetos procesales.

La Corte Constitucional también ha puesto de presente que la existencia del principio de igualdad de armas se explica en los sistemas penales de tendencia acusatoria, y su teleología radica en “garantizar a la defensa, integrada por el imputado y su apoderado, la participación activa en la conformación del material probatorio del proceso, en las mismas condiciones que lo hace el ente acusador” (C.C., C-980 de 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

Dada la relevancia del principio de igualdad de armas en el ámbito probatorio- penal, es ineludible tenerlo como parámetro si se pretende superar los vacíos que trae la regulación legal de la prueba de refutación, y establecer los alcances y límites para quien acuda a ella. La escogencia de este principio y no otro, para el desarrollo del presente trabajo teórico se respalda por dos argumentos ya señalados: (i) el principio de igualdad de armas y la prueba de refutación son propios de sistemas penales acusatorios, como el adoptado en la Ley 906 de 2004, (ii) la

prelación legal en la presentación de las pruebas de refutación a la parte débil dentro del proceso penal, esto es la defensa del acusado, demuestra el interés del legislador para mantener el equilibrio entre las partes enfrentadas.

Se aclara que en este estudio tiene gran importancia el derecho a la defensa, del cual se derivan los derechos a probar y el de contradicción. El presente estudio de la prueba de refutación se aborda sobre esas dos facetas del derecho a la defensa.

Así, para hacer frente al reto de entender y aplicar la prueba de refutación dentro del sistema penal acusatorio colombiano, se ha planteado el siguiente problema de investigación: ¿Cómo debe desarrollarse el decreto, práctica y valoración de la prueba de refutación dentro del proceso penal de la Ley 906 de 2004 con observancia del principio de la igualdad de armas y del derecho al debido proceso?

Para encontrar una respuesta, se han planteado las siguientes preguntas orientadoras: (i) ¿Cuándo puede solicitarse, en qué eventos es procedente y qué alcance tiene la prueba de refutación- dentro del proceso penal colombiano?, (ii) ¿Qué mandatos se derivan de la igualdad de armas como principio jurídico?, y aclarar si (iii) ¿Surgen tensiones entre el derecho a probar con la prueba de refutación y el principio de igualdad de armas?

El objetivo general que se persigue, se contrae a determinar la aplicabilidad de la prueba de refutación en el proceso penal colombiano teniendo como límite el principio de igualdad de armas y el derecho al debido proceso.

Igualmente, se tienen los siguientes objetivos específicos: 1) Caracterizar la prueba de refutación como medio de prueba: su oportunidad de ofrecimiento, la procedencia de su admisibilidad, y eficacia de su práctica probatoria dentro del proceso penal acusatorio, en la doctrina y el derecho comparado, 2) determinar las exigencias derivadas por el principio de igualdad de armas integrado desde la Constitución de 1991 en el ámbito del derecho a probar y a la contradicción de la prueba en materia penal y 3) establecer la forma de aplicación de la prueba de refutación para las partes dentro de las audiencias del proceso penal acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004 con respecto al principio de igualdad de armas.

La investigación a realizar es conveniente desde varios ámbitos: desde la disciplina jurídica ya que da cuenta de una figura jurídica novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que la prueba de refutación aparece con la Ley 906 de 2004. Desde la perspectiva de la dogmática: en la medida en que expone un análisis normativo de la prueba de refutación desde el contexto jurídico colombiano, haciendo hincapié en sus límites a partir del principio de igualdad de armas y el derecho al debido proceso.

En el ámbito académico llena un vacío jurídico en la literatura especializada patria que no ha puesto sus ojos en la prueba de refutación.

Institucionalmente, plantea para la Fiscalía General de la Nación posibilidades de aplicabilidad de la prueba de refutación, y la prevención del uso por parte de la defensa del acusado, su contraparte. Los resultados que se presentan en este escrito, tienen también una

proyección social pues beneficiaran a los demás intervinientes dentro del proceso penal como a quienes tengan interés jurídico en la prueba de refutación, para que ella sea utilizada en los eventos en que resulte necesaria.

Debe resaltarse el valor teórico de los resultados que se obtengan en este proyecto, puesto que llenarán un vacío de conocimiento existente, que genera dudas sobre la utilización de la prueba de refutación en nuestro procedimiento penal. Y es que fuera del artículo 362 de la Ley 906 de 2004, no existe norma jurídica que regule el tema de la prueba de refutación por lo cual se hace necesario entrar a precisar todo lo relacionado con la misma que permita e incentive su utilización.

Finalmente, las implicaciones prácticas se evidencian en que los resultados obtenidos en la investigación ayudarán a resolver un problema que se ha venido reflejando en la ausencia de pronunciamientos, tanto doctrinales como jurisprudenciales que permitan dar un giro favorable a los intereses de los intervinientes en el proceso penal a través de la prueba de refutación.

Para obtener los propósitos mencionados, este escrito se divide en cuatro partes: (i) en la primera se hará una revisión de los principales aportes de la doctrina en la labor de caracterización de la prueba de refutación, como medio probatorio; enseguida (ii) se establecerá la relación de la prueba de refutación con los derechos a probar, a la contradicción de las pruebas y el principio de igualdad de armas; para después (iii) establecer los alcances del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, con apoyo además de dos autos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín. Finalmente, (iv) se presentarán unas conclusiones.

2. LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

2.1. Un punto de partida: inexistencia de regulación de la prueba de refutación.

Con la reforma del procedimiento penal colombiano se introducen grandes cambios que indiscutiblemente dieron un giro de 360 grados a la investigación y juzgamiento de los responsables de las conductas punibles en el territorio nacional. Esto sucede con la promulgación de la Ley 906 de 2004. A partir de ella se empieza hablar en Colombia de la prueba de refutación, tema novedoso en el sistema procesal penal-colombiano, como quiera que bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, y la legislación procesal penal anterior de corte inquisitivo, no se preveía esta figura jurídica.

Sin embargo, la Ley 906 de 2004 si bien consagra la prueba de refutación, no la regula. Y a poco más de 9 años de su promulgación, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no han profundizado sobre ella.

Tal situación es reconocida por el tratadista nacional Decastro (2010), al señalar que:

La ley 906 de 2004, solamente alude a la prueba de refutación en uno solo de sus quinientos treinta y tres artículos al referirse al orden de la presentación de la prueba en el juicio oral. Nada más. A la fecha ni la doctrina ni la jurisprudencia se

han pronunciado sobre esta institución. Además, a escasos cinco años de vigencia del sistema acusatorio colombiano son muy pocos los reportes que se tienen en la práctica forense sobre la utilización sobre la prueba de refutación. Estos vacíos dificultan enormemente aproximarse en nuestro medio al estudio de esta figura tan característica del sistema acusatorio (p. 3).

Obsérvese conforme a lo señalado por el citado autor como es que en el año de 2009, es decir cinco años después de haber entrado en vigencia la Ley 906 de 2004, no existía aporte alguno ni doctrinal, ni jurisprudencial, en nuestro medio con relación a tan invaluable tema.

Pero esta situación no se presenta exclusivamente en Colombia puesto que también sucede en los diferentes Estados mexicanos, que prevén una regulación deficiente de la prueba de refutación pues “ha sido malamente encadenada con nuestro pasado procesal, en lugar de ser regulada de manera especial y novedosa para cumplir con su propósito de servir como contrapeso a la incertidumbre natural de los procedimientos penales acusatorio” (Licona, 2012, p. 36).

Por eso en Colombia, donde se asume un nuevo modelo de procedimiento penal extraño al que históricamente se tuvo, los retos para su aplicación son grandes y complejos, con el peligro latente de que, como denuncia Licona (2012), se haga un acople inadecuado a la práctica penal colombiana, tan apegada a la literalidad de los Códigos.

2.2. Noción.

Para configurar la definición de la prueba de refutación, es imperativo acudir a la academia por cuanto no es posible construir una línea jurisprudencial por ser insuficientes el número de providencias judiciales para formularla desde el punto de vista fáctico y jurídico. Sin embargo, se encontraron unas providencias emitidas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, las cuales si bien no tienen efectos erga omnes, si constituyen criterio auxiliar de los jueces en los términos del artículo 230 de la Constitución Nacional el dispone que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Más adelante se hará referencia a ellas.

Sobre la base anteriormente expuesta, el catedrático Decastro (2010), advierte que hay dos sentidos en los que puede entenderse la prueba de refutación: un general y otro estricto. En sentido general resalta del módulo probatorio de la Defensoría del Pueblo, que es “la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor” (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 20), sin más condiciones. De esta idea de prueba de refutación se resalta que “atiende exclusivamente a su finalidad: refutar, contradecir o impugnar” (Decastro, 2010, p. 5).

Por otra parte, en sentido estricto, la prueba de refutación, según Decastro (2010) dispone lo siguiente:

Es toda evidencia extrínseca o independiente de la oportunamente ofrecida por una parte antes del juicio, para contraprobar controvertir, contradecir o explicar evidencia ofrecida por la contraparte y practicada en el juicio oral en su turno de

presentación de la prueba. (...) La jurisprudencia de las cortes americanas sostienen que ‘la función legal de la prueba de refutación es explicar, rechazar, contrarrestar o discutir la evidencia introducida por la parte contraria; el alcance de la refutación es definido por la evidencian introducida por la parte contraria. (p. 5).

Se resalta que conforme a lo señalado por el referido autor, refutar no es otra cosa que contradecir lo que otro dice, lo cual debe realizarse con la debida argumentación y fundamentación parar restarle credibilidad a lo afirmado por la contraparte.

Así es claro que su finalidad está encaminada a controvertir o refutar una situación o hecho particular debatido por la contraparte en el juicio, no obstante, tener la prueba de refutación el carácter de sobreviniente, no conlleva a afirmar que toda prueba sobreviniente sea de refutación, pues es evidente que aquella puede ser tanto de cargo o de descargo.

2.3. Oportunidad para la prueba de refutación.

Es de la naturaleza de la prueba de refutación, ser posterior al decreto de pruebas o sobreviniente a su práctica; y puede surgir en dos escenarios (i) de una prueba decretada en la audiencia preparatoria o (ii) de otra practicada en el juicio oral.

El objeto de la prueba de refutación, que es controvertir, sólo surge en estos momentos. El primer evento se deriva por estricta previsión legal: el artículo 362 que alude a la prueba de refutación se encuentra dentro de la regulación del trámite de la audiencia preparatoria.

Bien puede darse el caso de llegar a practicar la prueba de refutación como prueba anticipada siempre que ocurra luego del decreto de las pruebas en la audiencia preparatorio, y se cumplan con las exigencias del artículo 274². La necesidad de acudir a la prueba de refutación durante la práctica de las pruebas, esto es el mismo juicio oral, niega la posibilidad de constituirse en dicho momento como una prueba anticipada.

Piénsese, como ejemplo del segundo evento, en el caso en que desarrollándose el juicio oral aparece un testigo que no fue solicitado por ninguna de las partes como prueba testimonial, pero que manifiesta, bien a la Fiscalía o bien a la defensa, tener conocimiento de lo sucedido y debatido en desarrollo del mismo. Aquél además podría afirmar que lo dicho por uno de los testigos no corresponde a la realidad de lo acontecido.

En tal caso, la parte interesada podría solicitarle al juez de conocimiento admitir como prueba de refutación el testimonio de dicha persona, únicamente con el fin de controvertir, contradecir, contraprobar, contrarrestar o desestimar lo expuesto por el mencionado testigo que miente.

Quiñones (2003) ilustró mediante un ejemplo lo que entienden por prueba de refutación en el proceso penal salvadoreño:

² Artículo 274. Solicitud de prueba anticipada. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.

Supongamos que mientras se celebra una vista pública donde se juzga a una persona de homicidio culposo hay en el público una persona que al oír el testimonio del testigo del fiscal se percata que él estuvo presente en esos hechos, que dan lugar a la acción penal. Nota además que el testigo del fiscal está tergiversando los hechos y narrándola de una manera muy distinta a como realmente ocurrieron. La persona se le acerca al abogado defensor y le indica que eso que está declarando el testigo no ocurrió de esa forma y le dice que él está dispuesto a declararle en la vista pública bajo juramento. ¿Puede el abogado defensor solicitarle al juez que le permita presentar a ese testigo para refutar lo dicho por el testigo presentado por el fiscal? (p. 43)

En primer momento, siguiendo el principio de preclusión procesal, la solicitud de practicar ese testimonio debería ser rechazada por extemporánea. En efecto, la solicitud de decreto de la prueba de refutación, se daría en una etapa procesal posterior a la establecida legalmente para tal menester, esto es un momento ya fenecido después de la audiencia preparatoria, puesto que se estaría es en la práctica probatoria. Por ello, Quiñones (2003) plantea:

¿Cómo puede el abogado defensor saber en la etapa de instrucción cuales testigos necesita para refutar a los testigos del fiscal, si no es hasta el juicio que los escucha por primera vez decir todo aquello que saben en relación con los hechos del caso, puesto que en las etapas anteriores los testigos no declaran? ¿Cómo es posible que ese abogado defensor hubiese podido anunciar el nombre de ese testigo en la etapa de instrucción si desconocía su existencia? (p. 48).

Se trataría entonces de una tarea prácticamente imposible el pensar en que se puede anticipar lo que un testigo va decir en la práctica de su testimonio, para pedir la prueba que desestime su contenido desde antes del juicio oral; por ello la principal característica de la prueba de refutación es ser sobreviniente, por cuanto acaece al momento del descubrimiento de las pruebas. No se trata de un hecho sobreviniente, esto es que ocurre después de la ocurrencia de tales circunstancias, sino que ya había sucedido pero era desconocido por una de las partes

De todo lo anterior, la posibilidad de decretar una prueba de refutación ocurre también en la audiencia de juicio oral, pues no antes se introduce al proceso penal el contenido de ciertas pruebas para su refutación.

2.4. Los medios de prueba que se refutan

Con la prueba de refutación se va a contradecir el contenido de las pruebas que se hacen valer dentro del proceso penal. Aunque la prueba testimonial es el mejor de los ejemplos para entender cómo tiene su lugar la prueba de refutación dentro del proceso penal, es necesario advertir, que la misma, puede ejercitarse por medio de otras pruebas. Así “la prueba de refutación puede ofrecerse respecto de documentos, testigos y peritos” (Licona, 2012, p. 25).

Lo que justifica la prueba de refutación no es dirigirse contra un medio probatorio en particular, sino el contenido fáctico “nuevo” que él incorpora. En tal sentido, la prueba de refutación es “una verdadera prueba inesperada en el juicio oral, como cuando se ofrece un testigo o un documento que nunca fue mencionado antes” (Decastro, 2010, p. 12).

Así pues, es claro que la prueba de refutación procede contra cualquier tipo de prueba decretada en la audiencia preparatoria y practicada en el juicio oral. Aunque excepcionalmente la oportunidad procesal para que sea decretada la prueba de refutación por parte del Juez, sea durante la audiencia de juicio oral.

2.5. Los medios de prueba que se constituyen en prueba de refutación.

En la doctrina parece haber una propensión a tener a la prueba testimonial como prueba de refutación. Se considera, sin embargo, que esta situación debe tenerse de manera enunciativa y no excluyente. Cualquier medio de prueba puede constituirse en prueba de refutación, siempre que sobrevenga al decreto de pruebas o práctica de la audiencia de juicio oral.

2.6. Procedencia de la prueba de refutación.

Al momento de presentársele al juez de conocimiento la prueba de refutación debe analizar su pertinencia, conducencia y necesidad. Debe decidir con los mismos aspectos tenidos en cuenta al momento de decretar la práctica de pruebas dentro de la audiencia preparatoria, es decir, debe establecer que sea pertinente, conducente y necesaria. Ahora bien, siendo la prueba de refutación una excepción a la regla, su decreto debe hacerse de modo tal que esto que es excepcional no se superponga a lo general.

Así, surge la carga de argumentación para quien ofrece la prueba de refutación el demostrar el carácter sobreviniente atrás anotado, de modo tal que esta no se derive realmente de las deficiencias de la investigación que hubiere adelantado. El propósito de las pruebas de refutación

es contradecir lo que se conoce después del ofrecimiento de las pruebas, no remediar las investigaciones mal hechas.

2.7. Objeto de la prueba de refutación.

A través de la prueba de refutación no puede introducirse cualquier hecho de interés para el proceso penal. El conocimiento que entra al proceso como medio de refutación debe tener relación directa y contraria a los hechos que se demostrarían con las pruebas que se refutan. La prueba de refutación no puede ir más allá de contraprobar lo demostrado por un medio probatorio aportado por la contraparte. Es decir que el mérito probatorio de la prueba de refutación está circunscrito a lo demostrado por la prueba que se va a contradecir.

Así, por ejemplo, no se puede introducir como prueba de refutación (i) hechos nuevos, diferentes, no conocidos por otros medios de prueba dentro del proceso penal, (ii) hechos que respalden otros que ya fueron ventilados en él.

2.8. Orden de presentación de las pruebas de refutación.

Como se profundizará en capítulos posteriores, el artículo 362 de la Ley 906 de 2004 establece el orden de presentación de las pruebas de refutación: primero las de la defensa y posteriormente las de la Fiscalía.

De modo tal, que no podría entonces el Juez modificar este orden pues esto significaría ir en contravía del mandato legal que es imperativo y de obligatorio cumplimiento.

De conformidad con el artículo 362 ibídem: “en materia del orden de presentación de la prueba la norma es imperativa, lo que significa que la discreción del juez para decidir al respecto no puede desconocer esta voluntad expresa del legislador” (Decastro, 2010, p. 54).

2.9. La legitimidad para ofrecer pruebas de refutación.

Se reconoce que la prueba de refutación es una herramienta probatoria para desacreditar los medios probatorios allegados tanto por la Fiscalía General de la Nación como los de la defensa del acusado. Puede ser utilizada tanto para incriminar por parte de la Fiscalía, como para obtener una absolución en caso de la defensa.

De esta manera, la posibilidad procesal para pedir pruebas de refutación corresponde no sólo a la Defensa, sino que también a la Fiscalía. Ambas pueden acudir a ella en el evento en que así lo requieran, es decir, mientras se presente la oportunidad de refutar lo dicho, por ejemplo, por un testigo sea de cargo o de descargo, existe también la posibilidad de presentar el testigo de refutación por parte del adversario. Esto es expresión del principio procesal propio del sistema adversarial denominado igualdad de armas.

La prueba de refutación es exclusiva de las partes del proceso penal. Los demás intervinientes del proceso penal no tienen derecho de acudir a la prueba de refutación. Ni el Ministerio Público

ni el apoderado de la víctima al no tener manejo técnico jurídico de la prueba, no les asiste la posibilidad de incidir en el debate probatorio con la prueba de refutación. Tampoco puede pensarse en que el Juez de Conocimiento lo pueda hacer oficiosamente, por más que considere que alguno de los testigos escuchados en desarrollo de la audiencia de juicio oral esté faltando a la verdad.

2.10. Valoración de la prueba de refutación.

En general, sigue los criterios generales de análisis de las pruebas. Especial atención debe prestarse cuando se acude a testigos con los cuales pretenda desacreditarse o desmentir una prueba aportada en desarrollo del juicio oral durante el debate probatorio, respecto del cual deberá demostrarse imparcialidad y ajenidad en los hechos que se controvierten. Resulta necesario tener claridad que al testigo no le asiste interés alguno en el referido debate.

Esto tiene su explicación en razones sencillas pero de vital trascendencia para el desarrollo del proceso penal. Piénsese que en desarrollo de una audiencia de juicio oral por un caso de homicidio donde Y es el procesado y las escasas pruebas aportadas durante el debate probatorio más que comprometerlo lo muestran ajeno a los hechos. Y en el desarrollo del mismo se encuentra rindiendo su versión un único testigo que es claro en su testimonio al afirmar que Y nada tuvo que ver con muerte de X; pero aparece un testigo que le afirma tajantemente al Fiscal que lo que está diciendo el referido testigo es mentira y que él tiene cómo refutar su versión pues fue testigo presencial de los hechos en los cuales se compromete seriamente la responsabilidad de Y.

Piénsese igualmente que por parte del Fiscal se pide al Juez del caso que se acepte al mencionado testigo de quien nada se sabía hasta el momento como un testigo de refutación de conformidad con lo establecido en el artículo 362 de la ley 906 de 2004 lo cual efectivamente es aceptado. Ese nuevo testigo luego de declarar controvierte todo lo dicho por el testigo de descargo logrando construir en el Juez el convencimiento de que Y si fue el autor del homicidio investigado y generándose como consecuencia de dicho convencimiento el consecuente procedimiento de una sentencia condenatoria en contra de Y.

Hasta este momento y analizando el caso sin mayores consideraciones, podría llegar a la conclusión que se falló en Derecho y acorde con las pruebas allegadas durante la audiencia de juicio oral, sin que haya un menor asomo de duda de la responsabilidad de Y en el delito endilgado.

No obstante, se tiene que posterior y extraprocesalmente se logra conocer que el testigo que se presentó en el juicio por parte de la Fiscalía con el fin de refutar lo dicho por el único testigo de la defensa y logró llegar al convencimiento del Juez obteniéndose la consecuente sentencia condenatoria, había sido socio en cuestión de negocios con Y.

También se descubre que dentro de las actividades comerciales desarrolladas por ellos hicieron algunos negocios que no tuvieron éxito trayendo como consecuencia el fracaso económico y la quiebra de ambos, lo cual dejó al referido testigo con un odio hacía Y a tal punto que ante la propia familia y allegados de Y juró tomar venganza en su contra pues consideró que la culpa de dicho fracaso económico fue única y exclusivamente de Y.

Se tiene entonces que en el ejemplo referido, nunca se estableció la imparcialidad y ajenidad del mencionado testigo en los hechos controvertidos, tampoco se demostró que a éste no le asistía interés alguno en el referido debate, permitiéndose su versión como testigo de refutación logrando de esta manera dejar sin piso la versión del único presencial de los hechos que conforme a su dicho en nada se comprometía la versión de Y.

Esta situación permite colegir inequívocamente que en el caso hipotético, pudo haberse condenado a un inocente única y exclusivamente con la versión de un testigo que ni fue tal, y mucho menos presencial, y que el gran interés que le asistía dentro de la actuación, era cobrar venganza en contra de una persona que en su parecer había sido la responsable de su fracaso económico, pero que finalmente terminó pagando sus fallas en los negocios, con su propia libertad dentro de un proceso penal en el cual nada tuvo que ver.

Así entonces la importancia y trascendencia que tiene el tratar de establecer la imparcialidad, la ajenidad, la no prevención y la inexistencia de interés alguno en el desarrollo de un proceso penal por parte de los testigos que allí se presente sea de cargo o de descargo, sin que ello aplique solamente para los testigos de refutación, que para la ilustración del ejemplo fue el que se tuvo en cuenta.

Quiñónez (2003) advierte que:

En muchos de los casos los testigos tienen algún motivo particular por el cual declaran en la vista. Los motivos pueden ser variados. Muchas veces éstos pueden ser suficientes para lograr restarle credibilidad. En la investigación que se haga del caso debe ser una prioridad averiguar si existe alguna motivación de los testigos contrarios para declarar a favor de la parte que los presenta (p. 52).

El profesor Quiñonez (2003) a su vez expone que:

El testigo puede tener algún prejuicio contra la parte contraria. Por ejemplo, que el testigo de cargo en un caso contra un “busero” que está acusado de causar la muerte de un peatón con su vehículo de motor (bus), declare en el juicio que el acusado (el busero) conducía a exceso de velocidad cuando ocurrió el accidente, y se demuestre que ese testigo tiene un historial de haber puesto querellas contra los buseros que pasan frente a su residencia. Sería tratar de llevar a la mente del juzgador que ese testigo está prejuiciado contra los buseros y declararía cualquier cosa que fuera en detrimento de cualquiera de éstos. (p. 140).

2.11. La refutación de la prueba de refutación.

Ahora, vale preguntarse si ¿Es posible refutar la prueba de refutación?, es decir, ¿admite la prueba de refutación una contra refutación?

Si se tiene en cuenta lo que se viene sosteniendo a lo largo del presente artículo en el sentido de que la regulación de la prueba de refutación en el ordenamiento jurídico colombiano es

evidentemente escaso, y que de la totalidad del articulado contenido en nuestro código penal, sólo en una de sus normas se regula lo relacionado a la prueba de refutación, pues no puede darse una respuesta imperativa.

Sin embargo, no se ve por qué no pueda ser admisible esto en el Derecho procesal-penal colombiano, pues si bien es cierto no se regula como tal en nuestra normatividad, tampoco habría inconveniente alguno para que se aplique de esta manera como desarrollo del artículo 362 de la Ley 906 de 2004 y teniendo como fundamento indiscutible el derecho comparado, pues el tema no ha sido tratado en Colombia ni siquiera a nivel jurisprudencial.

De todas maneras el hecho de que no haya sido tratado en nuestra legislación el tema de la contra refutación, admite la posibilidad de que se aplique o que no se haga, como lo sostiene el tratadista Decastro (2010), en su obra denominada la prueba de refutación:

Nuestro código de procedimiento penal no menciona la prueba de contra refutación. Ante la omisión de regulación legislativa de un fenómeno jurídico pueden deducirse dos consecuencias interpretativas: (i) que la intención del legislador fue prohibir la figura legal, pues de lo contrario la habría mencionado; o (ii) que del silencio del legislador no debe deducirse necesariamente la prohibición de la entidad legal omitida, pues la vigencia de la figura se podría llegar a imponer por requerimiento de normas constitucionales (p. 57).

El debate pues está abierto, y debe señalarse que no se puede negar la prueba de contra-refutación por la mera redacción del artículo 362 de la Ley 906 de 2004.

3. PRUEBA DE REFUTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS A PROBAR Y A LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA (DERECHO DE DEFENSA)

Decastro (2010) ha puesto de presente que la sola existencia de la prueba de refutación en el ordenamiento jurídico lleva a que sea el operador jurídico quien deba desentrañar su sentido para poder aplicarla, situación en la que puede estar cualquier autoridad o persona con interés en ella. En su criterio ello denota también la existencia de:

Un derecho en cabeza de la defensa y de la fiscalía a presentar pruebas de refutación. De ahí que se sostenga, que del artículo 362 del C. de P. Penal se desprende la existencia de un derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación, como una de las manifestaciones del derecho de contradicción, que a su vez es uno de los principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano (p. 23).

De este modo, es claro que la prueba de refutación se relaciona con los derechos a probar y a ejercer la contradicción de la prueba, que se incorporan al derecho de la defensa. Sobre la relación entre estos se ha pronunciado Bernal (2008) al decir que el derecho de defensa “se concreta en dos derechos: en primer lugar, el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica” (p. 368). Es necesario profundizar sobre ellos:

3.1. El derecho a probar.

Quien acude a la jurisdicción debe demostrar la ocurrencia de los hechos consagrados dentro de la hipótesis de conducta de la norma jurídica para reclamar el mandato o efecto jurídico que ella consagra. En materia penal, para la Fiscalía General de la Nación y sus delegados ello se contrae a demostrar que una persona ha tomado parte en la ejecución de una conducta jurídico-penalmente desvalorada para que el Juez imponga sobre ella respectiva sanción penal.

Tradicionalmente los procesalistas hacen referencia a la noción de la carga de la prueba, al poner hincapié en la necesidad y responsabilidad de las partes de demostrar la ocurrencia de los hechos que afirman, de modo que “cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte” (Devis, 2000, p. 46). Desde luego en materia penal esta noción tiene algunas variaciones respecto a lo civil, debido a que las consecuencias gravosas son menores para el acusado y la defensa que para la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, a causa de los institutos jurídicos de la presunción de inocencia e in dubio pro reo, que se justifican en la notoria desigualdad entre el Estado y el procesado, el incumplimiento de la carga de la prueba por parte de la Fiscalía implica la libertad de este último. La defensa penal eventualmente sufriría consecuencias gravosas si no demuestra, por ejemplo, la ocurrencia de los eximentes de responsabilidad cuando ellos hacen parte de la teoría de la defensa.

Sin embargo, el derecho a probar que se relaciona íntimamente con el de la carga de la prueba no se le ha dado la misma importancia y trato teórico. La relación entre estas dos figuras es la

que existe entre la causa y el efecto: la exigencia en el ámbito procesal de demostrar los hechos que son de interés para el Derecho a fin de salir victorioso de un proceso judicial supone la existencia de herramientas legales que posibiliten a cada parte el derecho de demostrar dentro del proceso judicial la ocurrencia de los hechos que benefician sus derechos sustanciales, con la consecuente prohibición a las demás partes y particulares en general a realizar actos que entorpezcan esta labor probatoria.

La labor de investigación y de prueba que realiza la Fiscalía General de la Nación dentro del procedimiento penal, tiene gran relevancia pues incide de manera directa en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades penales, lo que es necesario para la satisfacción de los derechos de la víctimas de obtener la verdad y la reparación por las conductas punibles.

De la Sentencia C-034 de 2014 (M.P.: María Victoria Calle Correa), de la Corte Constitucional, es posible destacar que el derecho a probar se integra al debido proceso, que está consagrado en el artículo 29 constitucional, y que de él se desprende que:

El funcionario judicial debe decretar y practicar las pruebas presentadas y solicitadas por las partes, por lo que no puede dejar de hacerlo sin una justificación objetiva y razonable. (...) la parte quien pide la prueba puede participar de manera efectiva en su producción dentro del proceso judicial, y sobre las resultas del ejercicio del derecho de probar es sobre el cual el funcionario judicial puede justificar decisiones: condenar o absolver en el ámbito penal.

Este derecho se contrae en su núcleo esencial a “la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio” (Ruíz, 2007, p. 188).

Desde luego el derecho a probar si bien es de raigambre constitucional, su desarrollo corresponde al legislador en virtud del principio de libre configuración normativa de la norma constitucional. Es decir que corresponde a la ley establecer los medios de pruebas, las oportunidades y límites precisos de este derecho, así como la estructura probatoria de los procesos, dentro de la discrecionalidad que acompaña la actividad legislativa para escoger las medidas que considere más idóneos para satisfacer los postulados constitucionales.

De este modo, cuando el Congreso de la República al expedir la Ley 906 de 2004 consagra la prueba de refutación como una ampliación de los medios con los que pueden contar las partes para ejercer su derecho de probar, en un nuevo modelo de procedimiento penal caracterizado por la oralidad. Al plantearse legalmente la posibilidad de que la utilicen tanto la Fiscalía General de la Nación como la defensa del acusado, implica que ella puede utilizarse tanto para obtener una sentencia penal condenatoria como absolutoria.

3.2. El derecho a la contradicción de la prueba.

Como se dijo, el origen latino del término “refutación” significa “negación”, lo que evidencia que la prueba de refutación se relaciona con el derecho de contradicción en materia probatoria. De este se deriva, por lo menos dos mandatos para cada parte procesal: (i) posibilitar la

oposición a las pruebas presentadas en su contra por el contendiente y (ii) exponer los argumentos a los que prueban los diferentes medios de prueba utilizados (C.C., T-461 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett).

El poder contraprobar implica conocer la prueba para discutirla, por lo que se “rechaza la prueba secreta practicada a espalda de las partes” (Devis, 1981, p. 123). Como se verá más adelante, precisamente la prueba de refutación tiene su lugar cuando se conoce la necesidad de contraprobar un hecho que no se conocía antes del decreto de las pruebas. Desde luego, este derecho también se incluye dentro del debido proceso que exige todo procedimiento judicial.

El ejercicio de la contradicción de la prueba precisamente se despliega al momento de realizar la producción de la prueba, y en tal virtud la prueba de refutación va a facilitar y optimizar la actividad cognitiva que acompaña el litigio probatorio.

3.3. El principio de igualdad de armas en el proceso penal colombiano.

El sistema procesal penal colombiano se basa en un modelo acusatorio, idóneo y garantista para las partes e intervinientes. La estructura del mismo, gira en torno a evitar el maltrato entre las partes, producto de someterlas a un proceso arbitrario, de modo que se vulneren sus derechos fundamentales.

La finalidad que persigue el proceso penal es la búsqueda de la verdad, y para lograrla debe hacerse en un escenario en el que se garantice una igualdad de oportunidad a las partes, tanto para ser oídas, como para actuar y presentar pruebas, de tal manera que el juez, al momento de

fallar, llegue a tener la capacidad de convicción, más allá de toda duda de conformidad con la actividad probatoria de ambas partes.

La igualdad tiene un comportamiento de amplio espectro, pues su naturaleza involucra varios criterios que se interrelacionan, ya sea entendiéndola como principio, valor y a su vez como derecho constitucional y procesal penal.

Los catedráticos Bastidas & Ramírez (2004) tras estudiar de manera profunda la Constitución Política de Colombia, exponen que en la misma, la igualdad entendida como valor fundante del Estado colombiano, se caracteriza por tener las siguientes tres dimensiones:

Como generalidad: es la consagración de la igualdad ante la ley para efectos de derechos y deberes, así como de los procedimientos. Está consagrada en las palabras “personas”, “todos”, “los colombianos”, “ciudadana” (...) Como equiparación: se encuentra consagrada en el artículo 43 (igualdad de la mujer y el hombre) y en el artículo 42 (igualdad de derechos y deberes de la pareja). Y, como diferenciación: es la diferencia entre distintos. Está regulada en el artículo 13 incisos 2 y 3 (adopción de medidas a favor de grupos marginados o débiles... (pp. 116-117).

Por lo tanto, la igualdad como valor impone un elemento de rango fundamental que irradia todo el ordenamiento jurídico; y la Corte Constitucional ha señalado que se integra al núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso (C-127 de 2011).

En materia de derecho procesal penal, el principio de igualdad de armas “procura que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa que eviten desequilibrios en las posibilidades de cargos de alegación, prueba e impugnación, y la supremacía o privilegio de una parte procesal” (Bastidas & Ramírez, 2004, p. 514). De acuerdo con lo anterior, el concepto de la igualdad como principio señala un camino, una guía de pensamiento y de conducta jurídica, tanto para las partes, como para el juez.

Como derecho, la igualdad de armas probatoria prima su atención en los elementos materiales probatorios, y otorga a las partes en el proceso penal, la capacidad para ejercitar en igualdad de oportunidades, los mismos derechos procesales, tales como presentar pruebas, y que el juez las decrete y se practiquen en el juicio oral. Se desprende entonces la idea bajo la cual, establece un límite para la actuación de las partes y juez, y criterios de decisión para el juez.

En la normatividad del código procesal penal colombiano la igualdad se positiva como valor y principio, en el artículo 4 de la Ley 906 de 2004 o regulación de la actuación procesal penal en Colombia. La norma referida, dispone lo siguiente:

Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Los profesores Bernal & y Montealegre (2004, p. 127) señalan que este principio se concreta en dos escenarios: (i) la igualdad de oportunidades para recabar la evidencia, y (ii) tener potestades similares. En el primero se deriva la exigencia de tener igual peso la evidencia recaudada por el ente investigador, como aquella que obtenga la defensa.

También, para la defensa se concreta en la posibilidad de acceder a los medios técnicos para obtener pruebas que dispone el Estado, puesto que éste “ha de reconocer que los imputados no tienen, de ordinario, acceso a medios técnicos de investigación” (Bernal & y Montealegre, 2004, p. 127), de modo que tal situación no puede traducirse en una ventaja material durante el juicio oral para la Fiscalía o negar cualquier opción que resultare favorable al procesado, toda vez que el ente acusador no adelanta una investigación integral.

Como derecho, la igualdad de armas probatoria se consagra en el artículo 357 del Código Procesal Penal, el cual consagra la siguiente disposición:

Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código. Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la

existencia de una prueba no pedida por estas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

La norma debe ser expuesta con su complemento, establecido mediante Sentencia C-209 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda). En esta jurisprudencia, se declara exequible el artículo señalado en el párrafo anterior, en relación con los cargos estudiados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 2006 (M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño), “en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

4. LA PRUEBA DE REFUTACIÓN Y SU LÍMITE EN LA IGUALDAD DE ARMAS

Al leer el artículo 362 de la Ley 906 de 2004, se tiene que ella realmente establece el orden en que deben ofrecerse y nada más. Todos los demás aspectos que tocan su decreto, práctica y valoración probatoria quedan por ser hechos. En los capítulos precedentes se han expuestos las principales consideraciones de los referentes teóricos que la fundamentan y la deben orientar en el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, los estudios de la doctrina han sido incompletos, y principalmente volcados a los testimonios.

4.1. No sólo se refutan testimonios.

Debe decirse que la contradicción que se hace con las pruebas de refutación no sólo está restringida a los testimonios. Bien podría darse que las partes o un tercero que pueda ofrecerse como testigo sólo conozcan de la ocurrencia de un hecho, cuando en el destape probatorio la

contraparte allega un elemento probatorio –documento o peritaje– que vendría a demostrarlo, y que no había sido tenido en cuenta o recogido en la investigación que se había adelantado, y por tanto era totalmente desconocido.

Ante esta situación, surge la posibilidad de contradecir ese elemento probatorio que hasta el momento del descubrimiento de las pruebas, fue extraña y por tanto inesperable para la contraparte.

Sin embargo, en este evento su situación no deja de ser de difícil configuración pues debe contarse con la suerte de encontrar rápidamente una prueba que pueda llegar a servir como una de refutación. Ahora, la defensa tendría mayor oportunidad de esto, debido a que es la Fiscalía quien primero realiza el descubrimiento probatorio durante la Audiencia de Acusación, mientras que la defensa sólo está obligada a hacerlo hasta la audiencia preparatoria. Resulta difícil que antes de que proceda el Juez de Conocimiento a decretar las pruebas el Fiscal pudiera buscar y encontrar algo que sirviera para refutar ese hecho nuevo.

Pero bien podría darse el evento, siguiendo de cerca el ejemplo propuesto por Quiñones (2003) –expuesto más atrás–, que un asistente a la audiencia preparatoria al momento de descubrir la defensa sus pruebas, refiera que él conoce lo contrario a lo que indica ese documento enunciado o tiene en su poder un documento que permita restarle veracidad a aquél, y pudiera prestarse como testigo o allegarlo para tal fin.

En todo caso, esa propensión mayor de la Fiscalía General de la Nación de verse llevada a presentar pruebas de refutación, no puede traducirse de ninguna forma en una carta blanca para utilizarlas ilimitadamente después.

4.2. Las cargas de argumentación de la partes al momento de solicitar la admisión de pruebas de refutación.

El ejercicio del derecho a probar que tiene la Fiscalía General de la Nación para demostrar la responsabilidad penal de los procesados, mediante pruebas de refutación sin que se desatienda el principio de igualdad de armas sugiere ciertos limitantes.

Así, las partes deben demostrar la especial necesidad e importancia del medio de prueba que quiere introducir al proceso penal como prueba de refutación, que surge después del ofrecimiento de las pruebas, debiendo cumplir con las exigencias que establece el inciso 4° del artículo 344 de la Ley 906 de 2006 para aquellos elementos materiales probatorios que se encuentran durante el juicio. A estas cargas procesales de argumentación se refiere el Auto del 10 de marzo de 2011 proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del distrito Judicial de Medellín, en la cual para desatar la apelación de un auto proferido en primera instancia sobre la admisibilidad de la prueba de refutación, estableció:

Además de la pertinencia, la admisibilidad y la licitud del elemento material de prueba, el solicitante tiene la carga adicional de demostrar: (i) que el EMP o EF es “muy significativo” y (ii) que el EMP o EF “se encuentre” o se obtenga o se tenga conocimiento del mismo, después de la audiencia preparatoria. (...) para que así lo

excepcional no puede convertirse, por causa del descuido o desidia de alguna de las partes procesales, en la regla general.

Por lo anterior, la admisión de la prueba de refutación tiene una importancia superior a la de otro tipo de prueba, es decir que no puede tratarse de cualquier prueba que vaya a demostrar algo accesorio o contextual de la conducta que se investiga. Debe tratarse por el contrario una que vaya a contradecir de manera contundente a otro medio de prueba, en el caso de la prueba de refutación; o que de manera directa incrimine o demuestre la inocencia del acusado en el caso de los elementos materiales probatorios encontrados tardíamente.

4.3. El estricto estudio de admisibilidad de las pruebas de refutación de la Fiscalía General de la Nación.

Lo último tiene especial importancia frente a la Fiscalía, por lo que el estudio de admisión por parte del Juez de conocimiento debe ser más estricto que si lo hiciera la defensa del acusado debido a las diferentes potestades con las que una y otra cuentan. Es decir que la Fiscalía debe demostrar que no le era posible conocer esa prueba que pretende refutar, por ninguno de los medios que tenía. El principio de igualdad de armas lleva a reconocer las diferencias entre la parte fuerte y la parte débil del proceso penal, las que se superan con medidas como la que se propone.

4.4. No puede ser utilizada para introducir una prueba desistida por la contraparte.

Como se ha resaltado, la necesidad de acudir a la prueba de refutación debe ser excepcional, y debe estar dirigido de controvertir un contenido específico de un medio de prueba que fue introducido al sistema. Como lo señaló la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del distrito Judicial de Medellín el 14 de abril de 2011 en el auto que desató un recurso de apelación de un auto proferido en primera instancia sobre la admisibilidad de la prueba de refutación, estableció que:

La prueba de refutación se encuentra limitada a controvertir una materia concreta de la evidencia a refutar y en ningún caso puede abrir la puerta para que se convierta en una oportunidad adicional a la legalmente concedida a las partes para lograr el decreto y práctica de pruebas orientadas a obtener apoyo a su teoría del caso.

Por lo demás, una de las partes no puede introducir como prueba de refutación una prueba desistida por la contraparte en oportunidad anterior, argumentando el hecho que el desistimiento fue sorpresivo, como quiera que esta figura no se constituye en una oportunidad adicional para obtener el decreto y práctica de pruebas.

5. CONCLUSIONES

Se presentan a continuación, los resultados de los capítulos anteriores, que reportan la inclusión de una nueva modalidad de prueba, de refutación, en el derecho procesal penal colombiano, Ley 906 de 2004. De acuerdo con lo anterior, se procede a fijar con claridad la naturaleza y las características que componen la prueba de refutación:

En primer lugar, su fin específico es contradecir, impugnar una prueba que ha sido practicada por la parte contraria, en medio de la audiencia de juicio oral, para restarle credibilidad a la misma, o lograr que el juez no la tenga en cuenta al momento de tomar su decisión.

En segundo lugar, la prueba de refutación se puede pedir desde la audiencia preparatoria, y excepcionalmente en la audiencia de juicio oral. Si ella surge antes de la apertura del juicio oral, podría presentarse como prueba anticipada, inclusive. Por ello, una segunda característica es que la naturaleza de este tipo de prueba, es ser inesperada, acontecer de forma sobreviniente, imprevista, pero versar sobre el litigio en cuestión, de tal manera que afecta en ineludiblemente al juez.

En tercer lugar, a pesar de que en un primer momento se relaciona la prueba de refutación con el medio de prueba testimonial, ello no obsta para descartar el poder utilizar diferentes medios de prueba como la documental o la pericial.

En cuarto lugar, para que sea procedente, debe cumplir con los requisitos de pertinencia y admisibilidad de toda prueba consagradas en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004. Esto es significativo, porque se le impone la carga de argumentar al juez, porqué es indispensable que autorice el decreto de la prueba, y no se utilice como instrumento para dilatar el proceso, o bien llegar a crear una nueva forma para admitir una prueba que anteriormente el juez haya negado su decreto y práctica.

En quinto lugar, cuando se trate de la presentación de la prueba de refutación, podría existir la posibilidad de acudir a la contra refutación.

Por último, tiene un doble fundamento: (i) la prueba de refutación es una expresión del derecho a probar y ejercer la contradicción de la prueba, esto es una facultad en cabeza de la Fiscalía y la defensa para obtener una sentencia condenatoria o absolutoria, (ii) haya su límite principalmente en el principio de igualdad de armas, cuya verificación de respeto corre a cargo del Juez de conocimiento para que la presentación de la prueba de refutación respete los causes procesales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bastidas de Ramírez, R., & Ramírez Bastidas, Y. (2004). *Principalística procesal penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. (2004). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colombia - Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Colombia - Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett: Junio 5 de 2003).

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil: Septiembre 26 de 2005).

Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006 (M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño: Junio 7 de 2006)

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda: Marzo 21 de 2007).

Colombia - Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014 (M.P.: María Victoria Calle Correa: Enero 29 de 2014).

Colombia - Tribunal Superior de Medellín. (2010). providencia 051. Radicado 050016000206201025428. Sala de decisión penal. Magistrado Ponente: Dr. Cesar Augusto Rengifo Cuello. Medellín 17 de Septiembre de 2010.

Colombia - Tribunal Superior de Medellín. (2011). Providencia SAP-A-2011-004. Radicado 050016000207200900214. Sala de decisión penal. Magistrado Ponente: Dr. Nelson Saray Botero. Medellín 10 de marzo de 2011.

Colombia - Tribunal Superior de Medellín. (2011). Providencia 029-2011. Radicado 37641-2009. Sala de decisión penal. Magistrado Ponente: Dr. Santiago Apráez Villota. Medellín 4 de abril de 2011.

Decastro Gonzalez, A. (2010). *alejandrodecastroabogados*. Recuperado el 1 de Junio de 2014, de <http://alejandrodecastroabogados.com/blog/wp-content/uploads/2010/03/La-prueba-de-refutacion-versi%C3%B3n-PDF.pdf>

Devis Echandía, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis.

Liconá Vázquez, R. C. (s.f.). *fldm*. Recuperado el 5 de Junio de 2014, de

http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/La_Deficiente_Regulacion_de_la_Prueba_de_Refutacion.pdf

Quiñonez Vargas, H. (2003). *cubc*. Recuperado el 4 de Mayo de 2014, de

<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/31.%20Tecnicas%20para%20litigar%20en%20el%20proceso%20oral.pdf>

Ruiz Jaramillo, L. B. (2009). *aprendeonline*. Recuperado el 10 de Mayo de 2014, de

<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/2552/2076>

USAID, & Defensoría del Pueblo, C. (2007). *adalid*. Recuperado el 03 de Mayo de 2014, de

<http://adalid.com/material/la%20prueba%20en%20el%20sistema%20penal%20acusatorio.pdf>